

---

# ЧЛАНЦИ

---

др Борис БЕГОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Никола ИЛИЋ  
сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду

## КОРАК НАПРЕД, ЧЕТИРИ КОРАКА НАЗАД: ВРХОВНИ КАСАЦИОНИ СУД ЈОШ ЈЕДНОМ О ВАЛУТНОЈ КЛАУЗУЛИ\*

### Резиме

*Циљ рада је свеобухватна анализа пресуде Врховној касационој суда (ВКС) у предмету Прев. 60/2016 од 27. априла 2017. године, о ујовору о кредитиу са валутином клаузулом. Корак напред је јасан сјав ВКС да је валутина клаузула заснована на закону, ња је сјјота њено ујоварање без-условно доушјено. Први корак назад је тјо шјјо је ВКС, одбацивши на-лазе нижесјейених судова да је јромена курса уобичајена јојава на де-визном тржишјиу, јројустјио да јонуди сјјандард којим би се оцењивао каракјер јромене курса. Друји корак назад је неодјоварајућа јримена*

\* Захваљујемо Милени Ђорђевић, Милошу Д. Живковићу, Марији Караникић-Мирић и Даници Поповић на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, нико од њих не сноси никакву одговорност за евентуалне преостале грешке, нити неминовно дели изнете вредносне судове. Ставови изнети у овом раду не морају да буду ставови Управног одбора *UniCredit Bank* Србија чији је Борис Беговић независан члан, нити су условљени тим чланством, за које он прима фиксне припадљности, па стога његова примања не зависе од исхода парница о којима се расправља у овом раду. Такође, чињеница да је Борис Беговић био корисник хипотекарног кредита индексираног у CHF који је отплатио не мора да значи да су изнети ставови истоветни ставовима било ког пређашњег или садашњег дужника те врсте, нити њихових удружења, а ни његови расходи не зависе од исхода поменутих парница.

законској решења да се у случају валутине клаузуле уговорне обавезе увек исказују у валути те клаузуле. Трећи корак назад је йримена закона о заштити йојрошача на случај у коме је дужник йравно лице, а средства је йозајмио за финансирање своје основне делатности. Четврти корак назад је захтев за йтврђивање йорекла, стурктуру и услова йрибављања средстава која су йласирана уговором о кредитиу. Такав захтев нама уйориштие у закону, а йишања која садржи уйујсйиво нижестйейеним судовима су нејасна, йонекад йривијална, а йонекад бесмислена. Шйавише, ВКС се није ойределио о йоме које су йравне йоследице ойговора на йа йишања. Размојрена йресуда даље умањује йравну сиурности у области финансијској йосредовања.

**Кључне речи:** уговор о кредитиу, валутина клаузула, йромењене околности, Верховни касациони суд, йравна сиурности.

## І Увод

Примену института *rebus sic stantibus* на уговоре о кредиту са валутном клаузулом у домаћој правној пракси обележиле су бројне академске и стручне расправе, објављени радови и одржани семинари,<sup>1</sup> као и појединачни медијски наступи и изјаве истакнутих правника, претежно судија, на ту тему.<sup>2</sup> Упоредо с тим, у судској пракси се, можда као резултат тих расправа, може уочити одређени помак у погледу поимања валутне клаузуле. Међутим, истовремено долази до исказивања нових дилема и отварања нових питања која се односе на примену института промењених околности на уговор о кредиту са валутном клаузулом. Најновији случај у коме је дошло до одређених помака, али и до отварања нових правних питања јесте пресуда Верховног касационог суда Републике Србије (у даљем тексту: ВКС) *Прев. 60/2016* од 27. априла 2017. године, која се односи на уговор о кредиту са валутном клаузулом закључен 2007. године између дужника, правног лица (друштво с ограниченом одговорношћу), и повериоца, банке која је акционарско друштво и подлеже посебној контроли пословања коју спроводи На-

1 Значајан допринос академским и стручним расправама у вези са валутном клаузулом и промењеним околностима дали су учесници Општег семинара на Правном факултету Универзитета у Београду, 6. децембра 2016. године, излажући на тему „Валутна клаузула у уговору о кредиту“, као и учесници округлог стола који је организован у оквиру Копаоничке школе природног права, 14. и 15. децембра 2016. године, на тему „Банкарски кредити и промењене околности“.

2 Видети: „Судство мора да реши кредите у ‘швајцарцима’“, *Полијика*, 9. октобар 2016; „Ускоро прве одлуке Верховног суда о швајцарцима“, *Полијика*, 18. март 2017. Разговоре водила Ј. Антељ.

родна банка Србије (у даљем тексту: НБС).<sup>3</sup> Уговор је закључен ради прибављања финансијских средстава за изградњу стамбено-пословног објекта намењеног тржишту и изричито је предвиђао CHF као валуту обавезе и RSD као валуту исплате.<sup>4</sup> Међутим, у периоду између 2007. и 2016. године дошло је до знатног увећања курса CHF у односу на RSD, чиме је дужник образложио свој тужбени захтев, којим је од суда тражио да се установи ништавост одредби уговора које се односе на валутну клаузулу или, евентуално, да се предметни уговор раскине судским путем применом института промењених околности. Цео случај додатно компликује неспорна чињеница да је дужник пао у доцњу две године пре подношења тужбеног захтева за утврђивање ништавости уговорних одредби или за раскид уговора услед промењених околности, као и да је пре доношења судске одлуке о тужбеним захтевима (главном и евентуалном) поверилац, у складу са законом, једнострано раскинуо предметни уговор због неиспуњења.

Циљ је овог рада свеобухватна анализа пресуде ВКС у предмету *Прев. 60/2016*. Та анализа је усмерена на: (1) основне помаке и основна (нова) правна питања која су овом пресудом отворена; (2) изнесене ставове који се односе на примену института *rebus sic stantibus* на уговоре о кредиту са валутном клаузулом, (3) лутања која се могу приметити у одлукама ВКС у случајевима судског раскидања уговора о кредиту са валутном клаузулом, (4) питања о којима тек треба да се расправља и у вези са којим судови тек треба да заузму јединствени став, (5) економске последице ове пресуде и досадашњих поступања судова у Србији. Угао посматрања је правноекономски – такав приступ подразумева анализу пресуде ВКС у случају *Прев. 60/2016*, као и анализу других релевантних одлука из домаће судске праксе. Пратећи логику судског одлучивања и образлагања у предмету *Прев. 60/2016*, у раду ће посебно бити размотрена четири питања: (1) дозвољеност уговарања валутне клаузуле приликом закључења уговора о кредиту и утицај валуте извора и пласмана повериоца на правна дејства уговора о кредиту са валутном клаузулом; (2) примена института промењених околности у условима промене курса „валуте обавезе“ у односу на курс „валуте исплате“, а све то након закључења уговора о кредиту са валутном клаузулом; (3) право дужника да се позове на институт промењених околности након пада у доцњу, посебно након што је предметни уговор о кредиту поверилац једнострано раскинуо због неиспуњења и (4) могућности за

3 Текст пресуде доступан је на интернет адреси: <http://www.vk.sud.rs/sr>, последњи приступ 4. новембра 2017.

4 Термини „валута обавезе“ и „валута исплате“ употребљени су у смислу члана 2 Закона о девизном пословању Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014.

примену Закона о заштити потрошача приликом закључења уговора о кредиту са валутном клаузулом између правних лица. У закључним разматрањима рада, на основу спроведене правноекономске анализе, изнеће се закључци о спорним правним питањима која се односе на уговоре о кредиту са валутном клаузулом, имајући у виду будућност ових уговора, како оних који су већ закључени, тако и оних који ће то тек бити, као и о могућим исходима тих правних питања у овом сегменту финансијског посредовања, али и о последицама тих исхода на економски просперитет и привредни раст.

## II Дозвољеност уговарања валутне клаузуле

Након усвајања Измена и допуна Закона о облигационим односима из 1993. године, постало је јасно да начело монетарног номинализма више не важи без изузетка и да је доктрина монетарног валоризма, не без разлога, уведена на велика врата у домаћи правни систем.<sup>5</sup> Члан 395 ЗОО изричито допушта да новчана обавеза гласи на плаћање у страниој валути и да се њена исплата захтева у домаћем новцу, према курсу који важи у тренутку извршења обавезе.<sup>6</sup> Та могућност додатно је утврђена и чланом 2 Закона о девизном пословању, који прецизно дефинише валутну клаузулу као: „[...] уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе), [...] с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате).“<sup>7</sup> Ипак, чак ни тако јасна законска решења нису спречавала тврдње како уговарање валутне клаузуле није допуштено<sup>8</sup> или је допуштено условно, само у одређеним случајевима,<sup>9</sup> док је Привредни апелациони суд (у даљем тексту: ПАС) у поступку по жалби из 2016. године, у предмету 6 Пж 3826/2015, упућивао нижестепени суд да испита „допуштеност уговарања валутне клаузуле“.<sup>10</sup> Слично

5 Врлета Круљ је указивао на потребу увођења доктрине монетарног валоризма још 1978. године, када је ЗОО ступио на правну снагу. В. Круљ, „Монетарни номинализам и доктрина валоризма“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978, 389–405.

6 Видети: Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 395.

7 Видети: ЗОДП, чл. 2.

8 С. Прањић, „(Не)допуштеност одобравања кредита у СНФ – уговарања валутне клаузуле у СНФ и једностраног мијењања уговореног режима управљања променљивом каматном стопом“, *Транзиција*, бр. 34, Vol XVII, 2015, 15–38.

9 Д. Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Привредни савјетник*, 16/2016, 62–67.

10 Више о томе: Б. Беговић, „Ревизионизам на делу: наставак саге о валутној клаузули“, *Правни животи*, 2017, у штампи.

је учинио и ВКС у поступку по ревизији у предмету Рев. 321/2016, када није на јасан и недвосмислен начин указао на дозвољеност уговарања валутне клаузуле.<sup>11</sup> У међувремену, стручној јавности предочено је да питање дозвољености уговарања валутне клаузуле заправо и није питање, а уз то је и јасно указано на широко распрострањену заблуду о сврси валутне клаузуле.<sup>12</sup> ВКС је у предмету Прев. 60/2016, можда и под утицајем наведених радова, цитирао члан 2 ЗОДП и констатовао да су нижестепени судови правилно оценили да нису ништаве одредбе уговора које се односе на уговарање валутне клаузуле и да су, сходно томе, нижестепени судови основано одбили главни тужбени захтев дужника, односно његову жалбу по редовним правним лековима.<sup>13</sup>

Тиме је напуштена концепција условне допуштености валутне клаузуле која се појавила у другој половини 2016. године у раду судије Драгише Слијепчевића у којим се тврди да је: „[...] примена валутне клаузуле правно допуштена само у случају када је стварно обезвређена тржишна – реална вредност динарског износа кредита у односу на примљена средства“.<sup>14</sup> Будући да је као председник већа судија које је донело ову пресуду потписник исти онај аутор који је пре мање од пола године у својим текстовима заговарао условну допуштеност валутне клаузуле, овакав став изнет у пресуди ВКС може се оценити као повратак праву, уз повољне правноекономске последице, превасходно у погледу увећања правне сигурности и ограничавања дејства начела монетарног номинализма, а пре свега имајући у виду штетне економске последице које би стриктна примена начела монетарног номинализма могла да има по систем финансијског посредовања у Србији,<sup>15</sup> а самим тим и по све будуће кориснике кредита. Штавише, у самој пресуди која је предмет анализе с правом се истиче да се „штетни ефекти примене начела монетарног номинализма уклањају применом валутне клаузуле“ (стр. 4).

Чуди, међутим, да у овој пресуди ВКС сматра „[...] да у конкретной ситуацији нису оцењене (односи се на нижестепене судове – прим. аутора) околности везане за промену курса швајцарског франка. Изоста-

11 Решење ВКС доступно је на интернет адреси: <http://www.vk.sud.rs/>, последњи приступ 1. новембар 2017.

12 Видети: Б. Беговић, Н. Илић, „Порекло заблуде о сврси валутне клаузуле“, *Анали Правној факултету у Београду*, година LXV, бр. 2/2017, 26–42.

13 Пресуда ВКС у предмету Прев. 60/2016, 4.

14 Д. Слијепчевић, стр. 64. Штавише, овим ставом судије Слијепчевића нарушава се члан 2 ЗОДП јер „динарски износ кредита“ у случају валутне клаузуле не постоји, будући да динар није валута обавезе, већ је то страна валута.

15 Више о финансијском посредовању: Б. Беговић, Б. Мијатовић, *Финансијско посредовање и привредни расиј*, ЦЛДС и Граматик, Београд, 2017.

ла је оцена навода тужиоца да је раст курса довео до дуплирања његове кредитне обавезе према туженом, да је према књиговодственом стању туженом враћен скоро цео износ главнице [...], да је тужени обрачунао дуг пратећи раст валуте и да тражи исплату у већем износу од оног који је тужилац по основу кредита примио и вратио. У таквој ситуацији не може се прихватити необразложена тврдња нижестепених судова да је тужени једнострано раскинуо уговор услед неизвршења обавеза [...]“ (стр. 5). Чуди због тога што у истој пресуди ВКС јасно ставља до знања да, сходно законским одредбама, валутна клаузула подразумева уговарање вредности обавезе у девизама. Стога је потпуно јасно да су наводи тужиоца нетачни, будући да он своју обавезу исказује у динарима. Једино се тако може објаснити погрешан став тужиоца „[...] да је раст курса довео до дуплирања његове кредитне обавезе“. Будући да је његова уговорна обавеза дефинисана у девизама (валута обавезе), овим уговором у CHF, његова обавеза је остала иста јер раст курса CHF у односу на RSD не утиче на уговорну обавезу дефинисану у CHF. Сходно томе, потпуно је јасно да тужилац није испунио своју уговором предвиђену обавезу, ону уговорену у CHF, и ту нема ништа да се образлаже – довољно је применити законску дефиницију валутне клаузуле да би било јасно да тврдње тужиоца нису утемељене на чињеницама. Тиме што ВКС тврди супротно, да је тврдња необразложена, па упућује нижестепене судове да утврде „шта се десило са извршавањем обавезе из уговора, у ком је степену уговор о кредиту извршен...“ противречи сам себи и законској дефиницији валутне клаузуле коју је у пресуди раније изнео. Оваквим својим поступком ВКС подрива правну сигурност, будући да од нижестепених судова захтева да испитају наводе тужиоца који сами по себи представљају интерпретацију која је у потпуној супротности са словом закона.

### III Промена курса као промењена околност

Најчешће разматрано питање у контексту уговора о кредиту са валутном клаузулом без сумње се односи на курс валуте која се користи за ту клаузулу: да ли промена курса валуте обавезе може правно да се квалификује као промењена околност у смислу члана 133 ЗОО и тако послужи као основ за судски раскид уговора? У предмету Прев. 60/2016 реч је о курсу CHF, на основу чега је ВКС констатовао да је: „[...] потребно утврдити колико износи промена курса и како се та промена исказује у односу на просечан раст курса валута, да ли је уговорна страна која се позива на промењене околности била дужна, односно да ли је могла предвидети такав раст швајцарског франка у време закључења уговора о кредиту“ (стр. 5).

У овом упутству остају нејасне најмање три ствари. Прво, није јасно шта значи „просечан раст курса валута“, како се дефинише просек, то јест шта је то просечан раст, које су валуте укључене у овакву анализу, што значи у односу на коју валуту се утврђује курс и, потом, интензитет те промене. Курс је, наиме, цена једне валуте исказане у другој и због тога се увек морају формирати парови валута које се посматрају. Занимљиво питање јесте избор тог пара? ВКС се не бави тим питањем – питањем у односу на коју валуту се сагледава курс CHF – већ се заклонио иза нејасног захтева о утврђивању „просечног раста курса валута“. Природно је да се посматра курс између валуте обавезе, у овом случају CHF, и валуте исплате, у овом случају RSD. Природно је и због тога што се сви новчани токови у земљи обављају у националној валути (RSD), што значи да се у тој валути исказују и приходи оних који сервисирају своје кредитне обавезе. Нажалост, ВКС се не опредељује у овом погледу.

Друго, још је мање јасно шта значи „како се та промена исказује“ и какав је смисао тог питања. Промена се исказује индексом или процентом – уобичајен је и општеприхваћен одговор економске струке. Стога заиста није посао судова да дефинишу начин исказивања промене курса, тај посао је већ одавно обављен и резултат општеприхваћен. Посао судова, који ВКС очигледно није урадио, јесте да се одреде који је курс, у смислу пара валута, релевантан за сагледавање интензитета промене.

Треће, није пружена никаква смерница како ће се то, на основу чега, применом кога стандарда утврдити да ли је страна која се позива на промене околности била дужна, односно да ли је могла предвидети раст курса CHF у време закључења уговора о кредиту. Како, на који начин, раздвојити ону промену која се могла предвидети од оне која није? У пресуди ВКС у предмету Прев. 60/2016 указује се на појаву енормне промене курса CHF у односу на RSD, а о енормној промени у свом тексту пише и судија Слијепчевић.<sup>16</sup> Остаје нејасно, међутим, на основу чега се дошло до закључка да је посреди енормна промена, односно који је критеријум примењен за такву оцену. Надаље, из формулације коју сада употребљава ВКС произлази да то што је промена енормна (додуше не зна се на основу чега је то оцењено) није довољно да она не може бити очекивана, тако да ствари непотребно постају још сложеније.

У литератури је понуђен стандард те врсте, према коме оно што се већ догодило у прошлости у оном истом временском хоризонту колика је рочност уговора не може бити неочекивано у будућности.<sup>17</sup> Уколико

16 Д. Слијепчевић, 65.

17 Управо је овај стандард руководио Државни савет Републике Француске (*Conseil d'Etat*) да пресуди (случај „*Chais d'Armagnac*“ од 9. априла 1962. године) да је попла-

је, на пример, рочност уговора о кредиту 30 година, онда је релевантно колика се промена курса догодила током 30 година које су претходиле тренутку закључења уговора. Свака уговорна страна била је дужна да предвиди такву промену, тј. дужна да могућност такве промене узме у обзир.<sup>18</sup> Овим се добија јасан, објективан и недвосмислен стандард који не само да може лако да се примени него управо због тога што би његова промена била *ex ante* позната уговорним странама умањује правну несигурност.

Но, можда је још битније уочити да примена клаузуле *rebus sic stantibus* поткопава саму сврху валутне клаузуле. Наиме, показало се и овом пресудом ВКС потврђено је да је уговарање валутне клаузуле допуштено законом, а ова пресуда указује на то да је њена сврха уклањање „штетних ефеката примене начела монетарног номинализма“. Међутим, поставља се питање како ће та сврха бити остварена ако се промена курса валуте (на коју уговорне стране рачунају у тренутку склапања уговора и због чега уговарају валутну клаузулу) квалификује као промењена околност. Нижестепени судови по правилу допуштају промену курса, сматрајући их уобичајеним појавама на девизним тржиштима, што значи да су те промене, без обзира на њихов интензитет, уговорне стране биле дужне да узму у обзир. Све до пресуде Апелационог суда из Новог Сада (предмет Гж 1781/16 од 1. септембра 2016. године), апелациони судови су подржавали овакав став. Две одлуке ВКС одбациле су овакав конзистентан приступ, али нижестепеним судовима нису дале смернице шта треба да ураде, то јест да промене у свом дотадашњем разматрању и одлучивању. Као што је у претходним пасусима показано, ВКС не даје никакве смернице нижестепеним судовима за оцењивање и правно квалификовање забележене промене курса.

Следеће битно питање произлази из упутства које је ВКС дао нижестепеним судовима да „У том контексту (промењених околности – прим. аутора), потребно је расправити да ли је друга уговорна страна – банка могла предвидети раст курса швајцарског франка“ (стр. 6). Овакво упутство је, међутим, ирелевантно са становишта промењених околности, будући да ниједан члан ЗОО који се бави тим околностима не разматра да ли је друга уговорна страна, она која није тражила раскид уговора, била дужна, односно могла предвидети такве околности. На пример, ирелевантно је са становишта става 2 члана 133 ЗОО,

ва која се догодила могла да се предвиди, будући да се иста таква поплава догодила пре 69 година. Исто тако, применом управо тог стандарда, Управи суд у Греноблу је пресудио (предмет „*Dame Bosvy*“ од 19. јуна 1974. године) да је могла да се предвиди лавина, будући да се иста таква лавина догодила пре пола века.

18 За више детаља о понуђеном стандарду видети: Б. Беговић, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2016, 24–53.



будући да се тај члан бави искључиво питањем да ли је онај који тражи раскид уговора могао да предвиди околности о којима је реч. Нити у једном члану ЗОО у делу који се бави промењеним околностима не узима се у обзир асиметрија информација (једна уговорна страна знала је више од друге), или барем не асиметрија очекивања. За судски раскид уговара због промењених околности једино је битно да ли је уговорна страна која то тражи била у обавези да те околности узме у обзир. Стога је ово упутство ВКС контрапродуктивно и само непотребно одвлачи нижестепене судове од кључног питања: да ли је страна која тражи раскид уговора била дужна да узме у обзир промењене околности приликом његовог закључивања?

#### IV Позивање на промењене околности након пада у доцњу

Правно питање које је специфично за предмет Прев. 60/2016 јесте позивање на промењене околности након пада у доцњу. У конкретном случају, уговорне стране су заједнички констатовале 26. децембра 2012. године да је дужник у доцњи са отплатом кредита и споразумно су продужиле рок отплате дуга до 30. априла 2015. године, уз обавезу да се отплата главног дуга и плаћање камате врши шестомесечно. Међутим, дужник није извршио уговорене обавезе ни у споразумно одређеном накнадном року, због чега је поверилац једнострано раскинуо уговор о кредиту због неиспуњења у складу са члановима 124 и 126 ЗОО.<sup>19</sup> Након вишемесечног одбијања да изврши уговорне обавезе у накнадно одређеном року, дужник је покренуо поступак пред Привредним судом у Београду (предмет П 1861/2014) са већ поменутиим главним тужбеним захтевом који се односи на ништавост уговорне клаузуле и евентуалним тужбеним захтевом који се односи на раскид уговора услед промењених околности.

У складу са начелом савесности и поштења које прописује члан 12 ЗОО, уколико су постојале промењене околности које отежавају испуњење обавезе, дужник је о томе морао да обавести повериоца пре пада у доцњу, још у току 2012. године.<sup>20</sup> У конкретном случају, дужник није обавестио повериоца о постојању таквих околности и то не само пре пада у доцњу, већ ни након тога, приликом споразумног одређивања додатног рока за извршење уговорних обавеза и у току трајања тог рока,

19 Видети чл. 124 и 126 ЗОО.

20 Слично закључује Ивица Јанковец: „Страна која је овлашћена да због промењених околности захтева раскид уговора дужна је да о својој намери да тако поступи обавести другу страну чим је сазнала да су такве околности наступиле.“; И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд 1993, 12.

који је био дужи од две године. Уколико је заиста дошло до промењених околности, може се поставити питање: због чега дужник није одмах затражио раскид уговора или због чега није одмах или у пригодном року обавестио повериоца о наступању тих околности и тада затражио раскид (или измену) уговора на основу члана 133 ЗОО? Из наведеног чињеничног стања може се закључити да је дужник одуговлачио извршење својих обавеза из уговора о кредиту (отплату главнице и плаћање камате) и да се на институт промењених околности позвао нечесно. У прилог томе иде и чињеница да тужилац није предложио, нити размотрио могућност измене уговора о кредиту услед евентуалног постојања промењених околности, већ је захтевао искључиво раскид уговора у оквиру евентуалног тужбеног захтева.

Колико су ти подстицаји јаки може се видети и у нелогичности подношења захтева за раскид уговора који је већ раскинут по сили закона, на основу једностране изјаве воље повериоца услед неиспуњења обавеза дужника у уговореном (и накнадно продуженом) року. У том смислу, Привредни апелациони суд је у поступку по редовним правним лековима (предмет Пж 766/14) правилно оценио да је „[...] захтев за раскид услед промењених околности, евентуални тужбени захтев, тужилац поставио након туженикове изјаве о раскиду због неиспуњења“. Међутим, ВКС, као што је већ наведено у претходном одељку, сматра да је таква оцена неутемељена и тражи да се преиспитају наводи дужника (тужиоца) који представљају директно нарушавање законске дефиниције валутне клаузуле. Тиме ВКС оспорава налаз нижестепених судова да је захтев за раскид уговора судским путем поднет након једностраног раскида уговора тиме што оспорава, односно тражи да се поново испита једностраног раскид уговора због неиспуњења, будући да се погрешном применом ЗОДП отвара могућност да је дужник ипак испунио своје обавезе („дуплирање кредитне обавезе“), што је беспотребна и контрапродуктивна дигресија.

Још једанпут ВКС упућује нижестепене судове у погрешном правцу, одвлачећи њихову пажњу од кључног питања, онога везаног за став 2 члана 133 ЗОО: да ли је страна која тражи раскид уговора због промењених околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности? Уколико јесте, онда она не може захтевати раскид или измену уговора на основу тих околности. То је претходно питање на које се мора одговорити и то је суштина целог спора у погледу примене института *rebus sic stantibus* на уговоре о кредиту са валутном клаузулом.

## У Прописи о заштити потрошача и уговори о кредиту са валутном клаузулом

Специфично правно питање које је ВКС покренуо у предмету Прев. 60/2016 јесте примена прописа о заштити потрошача на кориснике финансијских услуга, у овом случају на кориснике кредита индексираних у СНФ. У образложењу пресуде, ВКС наводи следеће: „[...] принцип поштеног промета, у облигационим односима потрошача, односно корисника услуга и продавца, односно даваоца услуга, разрађен је [...] одредбама Закона о заштити потрошача (Сл. гласник РС, бр. 79/05), као и касније донетим и савременим законима који регулишу област заштите потрошача“ (стр. 6).

Пре свега, потребно је утврдити опсег примене Закона на који се позива ВКС у образложењу своје пресуде. Законом о заштити потрошача из 2005. године „[...] уређују се основна права потрошача, начин остваривања тих права, заштита права потрошача и примена етичких начела.“<sup>21</sup> Међутим, већ је у члану 2 Закона потрошач дефинисан као физичко лице, а само изузетно то може бити и правно лице, и то „[...] када купује производе или користи услуге за сопствене потребе.“<sup>22</sup> ВКС је утврдио у предмету Прев. 60/2016, као и нижестепени судови у предметима П 1861/14 и Пж 7663/14, да дужник послује у правној форми лица с ограниченом одговорношћу и да је уговор о кредиту закључен како би се финансирала изградња стамбено-пословног простора за тржиште. Дакле, имајући у виду да је дужник закључио уговор и одобрена средства користио у сврхе свог редовног пословања, а не у сопствене сврхе, у конкретном случају нема места примени ЗЗП-а. Позивањем на тај закон, ВКС од решених правних питања и јасних законских норми ствара нова, отворена правна питања и нове подстицаје дужницима за покретање судских поступака.

У давању упутства нижестепеним судовима, а у контексту права и обавеза уговорних страна из члана 43 ЗЗП, ВКС наводи: „Испуњење тих обавеза мора се ценити са становишта неспорно стручног знања банке даваоца кредита и њене обавезе да искуствено сагледа раније промене курса швајцарског франка и објективно оцени да ли је енорман раст курса те валуте могуће очекивати и у уговореном периоду повраћаја одобрених кредитних средстава тужиоцу. Ако су тим поводом учињени пропусти довели до конституисања неправичних уговорних одредби на штету тужиоца, исте се сагласно одредби члана 135 ЗОО морају ценити при раскиду уговора [...]“ (стр. 7).

21 Закон о заштити потрошача – ЗЗП, Сл. гласник РС, бр. 79/05, чл. 1.

22 ЗЗП, чл. 2.

Неколико коментара. Прво, на страну неодређеност придева „енорман“, сагледавање историјских вредности курсева (било оно искуствено или не) у периоду трајања кредита (његовој рочности) једноставан је поступак и не захтева никакво стручно знање које поседују искључиво банке. Сходно томе, уколико нека уговорна страна није сагледала историјску вредност курсева пре закључења уговора, него је, на пример, од банке очекивала да то за њу учини, свакако је преузела ризик који из тога следи. Тим пре што је у овом случају у питању правно лице, друштво са ограниченом одговорношћу које послује на тржишту некретнина, коме прибављање информација о курсевима и њиховом кретању представља елементарни захтев пословања.

Друго, не постоји никаква „објективна оцена“ будућности, нити постоји асиметрија у погледу очекивања тако што би, на пример, постојала „објективна“ и „необјективна“. Будућност је неизвесна – нико не зна каква ће тачно бити будућа кретања курса било које валуте. Ово је тривијалан налаз, али се веома често на њега заборавља. Тврдња појединих дужника „банке су знале [колико ће порастати курс CHF], али нам нису рекле“ једноставно не стоји, будући да ни банке, ни НБС, ни ММФ, ни менаџери хеџ фондова на Вол стриту, нити било ко други није знао нити је могао да зна колики ће курс CHF бити у будућности. У најбољем случају, може се применити начело: „оно што се догодило у прошлости, може се догодити у будућност“;<sup>23</sup> али за примену тог начела нису потребна никаква „неспорна стручна знања“.

Треће, занимљиво је да ВКС указује на обавезу банке да „[...] у писаном облику упозори[ла] тужиоца на негативне последице које ће изазвати примена валутне клаузуле [...]“, па ту обавезу прво везује за члан 12 ЗОО, а потом за Закон о заштити потрошача, да би на крају упутио нижестепене судове на члан 135 ЗОО на основу кога они треба да одлучују о раскидању уговора услед промењених околности. Независно од већ уочених правних проблема, економски проблем који произлази из овог става ВКС лежи у формулацији да је банка дужна да „упозори дужника на негативне последице које ће изазвати примена валутне клаузуле“ јер банка, односно запослени у њој, попут осталих смртника, не знају шта доноси будућност и не знају какве ће бити последице примене валутне клаузуле. Нико не зна шта ће будућност донети и да ли ће последице примене валутне клаузуле бити „негативне“. Уместо да употреби кондиционал, што би једино било примерено, ВКС оваквом формулацијом између редова поручује да су банке знале да ће доћи до оваквог кретања курса CHF и до „негативних“ последица по дужника.

23 Наравно, посматрано као вредносно неутралан исказ, као констатација, а не као начело, ово је довољан, али не и потребан услов. У будућности може да се догоди и оно што се није догодило у прошлости.

Конечно, велику новину ВКС уноси образложењем захтева за утврђивање валутне структуре извора повериоца. Наиме, упутство нижестепеним судовима за утврђивање валутне структуре извора у досадашњој судској пракси већ се јављало, и то са различитим образложењем: или да би се утврдило да ли је повређено начело једнаких вредности давања (решење ВКС у предмету Рев. 321/2016), или као захтев да се „одобри“ примена валутне клаузуле (ПАС). Овог пута, међутим, испитивање валутне структуре извора ВКС везује за члан 135 ЗОО и резултати тог испитивања представљају „одлучне чињенице којима се опредељује и основаност [евентуалног] тужбеног захтева“ (стр. 7) за установљавање да ли је „дошло до конституисања неправичних уговорних одредби на штету тужиоца“ (стр. 7), што значи за одлучивање о томе да ли ће уговор бити судски раскинут (не и измењен) или не.

Сходно томе, ВКС изричито наводи и даје упутство нижестепеним судовима да је: „[...] потребно утврдити да ли је и под којим условима банка [поверилац] кредитна средства пласирана тужиоцу [дужнику] прибавила на међународном девизном тржишту,<sup>24</sup> по ком курсу је извршила трансфер тих средстава, односно да ли је иста у обавези да тако прибављена средства врати у тој или другој валути и по ком курсу се врши обрачун њеног дуга. То су одлучне (*sic*) или одлучујуће чињенице којима се опредељује и основаност [евентуалног] тужбеног захтева“.<sup>25</sup>

Неколико напомена. Прво, остаје нејасно шта је законска основа за овакав захтев, будући да не постоји никаква законска обавеза банке да у потпуности усклађује валутну структуру својих извора и пласмана. Независно од било какве правне обавезе, банка ту структуру усклађује како би избегла валутни ризик, мада, због флексибилности пословања, та структура често није идентична – могу да постоје одређена одступања. Неусклађеност те структуре назива се нето отворена девизна позиција и она је не само допуштена него је НБС редовно прати, и то у функцији очувања финансијске стабилности – стабилности финансијског система земље.<sup>26</sup> Дакле, не постоји законска забрана неусклађености валут-

24 Очигледно је да ВКС не разликује међународно тржиште капитала и међународно девизно тржиште и њихове различите функције. Банка може да прибави средства намењена пласманима само на тржишту капитала. На девизном тржишту банка, као и било ко други, може само да сопствена средства из једне валуте претвори у другу. На том тржишту не може да се прибави (позајми) капитал.

25 Прев. 60/2016, стр 7. У цитираном делу пресуде вероватно се мисли на евентуални тужбени захтев тужиоца. Пресудом ВКС делимично је усвојена ревизија и укинута пресуда Привредног апелационог суда Пж 7663/14 и пресуда Привредног суда у Београду П 1861/14, и то само у делу у коме је одбијен евентуални тужбени захтев којим је тужилац тражио да се раскине уговор о кредиту због промењених околности.

26 Реч је о следећем: отворена нето девизна позиција, уколико се активира валутни ризик, може да доведе до финансијских губитака банке, па тиме и до њене несол-

не структуре извора и пласмана банке. Таква забрана не постоји ни на нивоу укупних извора и пласмана, ни на нивоу појединачног пласмана. Из другог угла посматрано, не постоји законска обавеза банке да кориснику кредита пласира кредит у оној валути у којој је извор тог кредита, независно од тога да ли су извор сопствени капитал, депозити или позајмљена средства. Отуда остаје потпуно непозната законска основа оваквог захтева ВКС.

Друго, упутство нижестепеним судовима упућено је у контексту „неправичних уговорних одредби на штету тужиоца“ (дужника – прим. аутора), а сагласно одредбама члана 135 ЗОО и начелу поштеност промета. Међутим, ВКС у овој пресуди није одговорио на веома битна питања. На пример: како је то начело поштеност промета нарушено уколико на нивоу појединачног кредита није усаглашена валутна структура извора и пласмана? Да ли се нешто мења у дужничко-поверилачком односу корисника кредита и банке уколико је банка конкретан додељени кредит пласирала из свог сопственог капитала, из депозита (девизних или динарских) физичких и правних лица или позајмљивањем тих средстава од других банака, на домаћем или светском тржишту капитала? Уколико врховна судска инстанца сматра да је релевантан одговор на питање да ли је и под којим условима банка кредитна средства прибавила на међународном тржишту капитала, то јест на који је начин банка дошла до средстава које је пласирала у виду кредита са валутном клаузулом, и то не на нивоу пословања банке у целини, о чему банка редовно извештава НБС, која те извештаје проверава редовним и ригорозним контролама, него за сваки појединачан пласман, односно одобрени кредит клијентима, онда треба да образложи због чега је то тако. ВКС није понудио образложење таквог свог става, а ни објашњење шта треба урадити како би другостепени суд одговорио на питање „како је банка дошла до средстава“.

Треће, остаје нејасно на која све питања нижестепени судови треба да обезбеде одговор, а још је мање јасно како да их обезбеде. Да покушамо да реконструирамо питања на која ВКС захтева одговоре:

(1) Да ли је и под којим условима банка кредитна средства пласирана дужнику прибавила на међународном девизном тржишту? Уколико је одговор на ово питање потврдан, онда, ваљда, следе одговори на следећа питања: У којој су валути позајмљена средства на међународном тржишту капитала (не девизном тржишту како погрешно наводи ВКС)?

вентности, што услед ефеката преливања на друге банке и остале финансијске посреднике, доводи до финансијске нестабилности целог система. Стога је потребно да укупна нето отворена позиција у финансијском систему не буде изнад одређеног прага, што се постиже контролом и ограничавањем нето отворене девизне позиције сваке појединачне банке у систему.

Колика је каматна стопа? Колика је рочност кредита и каква је средства обезбеђења дала банка свом повериоцу? Остаје нејасно шта се дешава уколико је одговор одричан. Наиме, ВКС не тражи истраживање порекла извора средстава која нису позајмљена на међународном тржишту капитала.

(2) По ком је курсу извршила трансфер средстава, односно да ли је „иста“ (вероватно банка – примедба аутора) у обавези да тако прибављена средства врати у тој или другој валути? Из овог питања постају јасне последица тога што ВКС не прави разлику између тржишта капитала и девизног тржишта и што (погрешно) сматра да се капитал позајмљује на „међународном девизном тржишту“. На међународном тржишту капитала средства се позајмљују у одређеној валути која је и валута обавезе и валута исплате. На том тржишту не постоји раздвајање какво постоји у случају валутне клаузуле. У току трајања кредита, валута може да се промени, али и даље нема раздвајања између валуте обавезе и валуте исплате.

(3) По ком курсу се врши обрачун њеног (банчиног) дуга? Не постоји такав курс, будући да постоји само валута кредита, па се обавеза банке исказује у валути тог кредита – курс је ирелевантан.<sup>27</sup> Неке од ових информација могу се прибавити, а неке не, једноставно због тога што не постоје, пошто нису део банкарског пословања.

Четврто, остаје нејасно које су то правне последице одговора на ова питања, наравно уколико ти одговори могу да се дају. Које су правне последице уколико се банка, на пример, није задужила на међубанкарском девизном тржишту, него је, на пример, та средства пласирала из депозита трећих лица у банци или из сопственог капитала? Које су правне последице тога да се, на пример, у неком конкретном случају банка задужила у једној, а пласирала кредит у другој валути? Које су правне последице тога што је, на пример, каматна стопа коју банка наплаћује свом дужнику (активна камата) за 3% виша од каматне стопа коју банка плаћа свом повериоцу (пасивна каматна стопа)? Да ли је, на пример, са 3% нарушено начело поштеност промета, а са 2% није? Да ли је начело поштеност промета нарушено уколико је рочност задуживања банке дужа или краћа од рочности кредита који је дала? Да ли неко мора да има исти број уговора у којима је дужник као и оних у којима је поверилац и, наравно, да ли сви ти уговори морају да буду изражени у истој валути, при чему би све обавезе доспевале истовремено и биле конвертоване у истом тренутку и по истом девизном курсу

27 Одвојено је питање исказивања пасиве банке у билансу стања које се исказује у RSD. Међутим, ту се користе рачуноводствени стандарди и одговарајућа ревалоризација, која заиста нема никакве везе за пословањем банке у домену позајмљивања капитала и кредитних уговора.

како не би било нарушено начело поштеног промета. Дакле, уколико нижестепени судови буду прибавили одговоре на сва ова питања, остаје отворено питање шта са њима да раде. Уз све то, стиче се утисак да ВКС занемарује прописе у области регулације финансијских тржишта, чија је примена у надлежности НБС, а који изричито дозвољавају отворену нето девизну позицију свих пословних банака у Србији.<sup>28</sup>

Конечно, остаје отворено питање како карактеристике уговора које банка има са трећим лицима условљавају правна дејства уговора о кредиту са валутном клаузулом. Оваквим својим ставом и упутствима датим нижестепеним судовима, ВКС директно поткопава став да однос између повериоца из пуноважно закљученог уговора о кредиту и трећих лица није релевантан за оцену правних дејстава валутне клаузуле из уговора о кредиту. Својим недвосмисленим ставом да основаност евентуалног тужбеног захтева дужника из закљученог уговора о кредиту зависи од уговорних односа које поверилац из тог уговора има са трећим лицима, ВКС показује да за примену института *rebus sic stantibus* нису битни само елементи изричито предвиђени законом, већ изгледа и неки други.

Оваквим упутством ВКС је довео нижестепене судове у незавидан положај. Они не знају тачно шта треба да ураде, због чега то чине и како то да учине, као ни то које су правне последице резултата до којих би евентуално дошли. И то се, после решења ВКС у ревизији Рев. 321/2016, понавља.

## VI Закључак

Може се идентификовати неколико корака које је ВКС својом пресудом у предмету Прев. 60/2016 учинио на плану решавања дилема у погледу примене института *rebus sic stantibus* на уговоре о кредиту са валутном клаузулом. Нажалост, нису сви ти кораци у истом смеру.

Корак напред је свакако јасан став да је валутна клаузула заснована на закону и да је, стога, њено уговарање безусловно допуштено. Тиме

28 Банка нема никакву правну обавезу да потпуно усклађује валутну структуру извора и пласмана на нивоу појединачног пласмана. Међутим, постоји обавеза таквог усклађивања на нивоу целокупног портфеља пласмана банке, и то на основу две одлуке НБС: Одлуке о управљању ризицима банке, *Сл. гласник РС*, бр. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013, 43/2013, 92/2013, 33/2015 и 61/2015 и Одлуке о адекватности капитала банке, *Сл. гласник РС*, бр. 46/2011, 6/2013, 51/2014 и 85/2016. При томе, не тражи се апсолутно усклађивање већ је само прописана граница која не сме да се пређе – нето отворена девизна позиција не сме да буде изнад 20% вредности капитала банке, што се у условима нивоа адекватности капитала какав сада постоји у Србији своди на 5% укупног пласмана.



су уклоњена ранија тумачења о условној допуштености валутне клаузуле. Најважније је то што се овим ставља тачка на расправу о могућности да се уговори о кредиту прогласе ништавим у делу који се односи на валутну клаузулу, па се може очекивати умањење ако већ не престанак тужби за делимични поништај уговора о кредиту због недопуштености валутне клаузуле.

Нажалост, овај корак напред прате бројни кораци уназад. Први корак назад јесте онај који је ВКС направио приликом разматрања промене курса као промењене околности. Не само да је ВКС одбацио налазе нижестепених судова да је промена курса уобичајена појава на девизним тржишту, па тиме допустио могућност да промена курса буде промењена околност, него, пошто је то учинио, није понудио никакав стандард на основу кога би се могле разликовати оне промене курса које чине промењену околност у односно на оне које то не чине. Уз то је нижестепеним судовима дао нејасне смернице о томе како да утврђују промену курса, да би на крају у разматрање беспотребно и без законске основе уврстио и питање да ли је постојала асиметрија очекивања између две уговорне стране у погледу промене курса у будућности. Када је већ одбацио налаз да промена курса сама по себи није промењена околност, ВКС је морао да понуди јасан стандард за оцењивање те промене, попут оног „шта се догодило у прошлости, може се очекивати у будућности“ и недвосмислено се определи да је реч искључиво о курсу између валуте обавезе и валуте исплате, као и да се усмери искључиво на та да ли је она страна која тражи раскид (или измену) уговора о кредиту због промене курса била дужна да ту промену узме у обзир у смислу става 2 члана 133 ЗОО. Све док ВКС не елиминира нејасноће ове врсте, односно док се једнозначно не определи о овим питањима, постојаће подстицаји за тужбе за раскид (или измену) уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности, тако да се може очекивати увећање тужби те врсте. Не само у случају швајцарског франка, већ и у случају других страних валута које су у складу са законом и вољом уговорних страна уговорене као валута обавезе.

Други корак уназад јесте недоследна примена налаза о безусловној допуштености валутне клаузуле и, сходно томе, коришћењу њеног категоријалног апарата. Таквом недоследном применом, ВКС је оспорио налаз нижестепених судова да је захтев за судски раскид уговора услед промењених околности поднет после једностраног раскида уговора због неиспуњења. Да је доследно применио законско решење којим се дуг исказује искључиво у валути обавезе, онда не би захтевао да нижестепени судови испитују налазе тужиоца који се заснивају на погрешној употреби валуте исплате као валуте обавезе, а на основу којих не произилази да дужник није редовно извршавао своје обавезе.

Трећи корак назад јесте примена закона о заштити потрошача на случај на који се он никако не може применити – случај у коме је дужник правно лице, а који је средства позајмио за финансирање редовног пословања у оквиру своје основне делатности. Овим је ВКС нарушио начело истоветног третмана – на различити начин третирао је правна лица, односно привредна друштва, једно у реалном сектору, које добија заштиту коју уживају потрошачи, а друго у финансијском сектору. На овако погрешној примени права, међутим, ВКС гради своју тезу да је постојала асиметрија очекивања, односно да су повериоци, за разлику од дужника, били обавезни да предвиде раст курса валуте обавезе и да о томе *ex ante* обавесте дужника, у овом случају привредно друштво.

Четврти корак назад представља увођење захтева нижестепеним судовима да утврде порекло, структуру и услове прибављања средстава која су пласирана уговором о кредиту. Такав захтев нема никакву праву основу, представља условљавање оцене о пуноважности закљученог уговора између две стране уговорима које једна од те две стране има са трећим лицима. Питања на која нижестепени судови треба да одговоре су нејасна, понекад тривијална, а понекад бесмислена, између осталог због тога што је ВКС погрешно поистоветио девизно тржиште са тржиштем капитала. Коначно, ВКС ни на који начин није определио које су то правне последице одређених одговара на питања која је упутио нижестепеним судовима, мада сам наводи да се тим одговорима опредељује основаност тужбеног захтева. Четврти корак назад је највећи у поређењу са осталима.

Сва четири корака назад појачавају све оне негативне ефекте до којих је већ довела претходна одлука ВКС.<sup>29</sup> Највише је појачан ефекат умањења правне сигурности у области финансијског посредовања, а управо је то најкрупнији негативан ефекат на привредни раст земље. Несумњиво да постоје они који се радују оваквим одлукама ВКС, попут оних који су покренули парнице за судски раскид уговора због промењених околности и адвоката који их заступају. Радост тужилаца може да буде преурањена, чак и уколико на крају дође до раскида уговора, што је и даље крајње неизвесно, будући да могу много да изгубе у поступку накнаде штете.<sup>30</sup> Независно од тога, далеко је већи број оних који губе, оних који ће тек да узимају кредит или оних који очекују да ће добро и ефикасно финансијско посредовање да поспешу привредни раст земље и приближавање просперитету.

Пре више од једног века Владимир Иљич Лењин је у памфлету „Корак напред, два корака назад“ бранио своју улогу у цепању тадашње

29 Видети: Б. Беговић, *Правни живои*, 2017, у штампи.

30 Видети: Предраг Ђатић, „Валутна клаузула, раскид и последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом“, *Правни живои*, Година LXVI, књига 596, број 3–4, 2017.

Руске социјалдемократске радничке партије на њеном конгресу 1903. године. Оправдано је, ипак, надати се да ће, после четири корака назад, ВКС кренути правим путем, следећи онај први корак напред, избећи било какво цепање и, што је најважније, омогућити исход који је за нашу земљу бољи од оног што је Русији донела бољшевичка револуција.

**Boris BEGOVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

**Nikola ILIĆ**

**Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **A STEP FORWARD, FOUR STEPS BACK: THE SUPREME COURT OF CASSATION ONCE AGAIN ABOUT A FOREIGN CURRENCY CLAUSE**

### **Summary**

*The aim of the paper is comprehensive analyse of the decision of the Supreme Court of Cassation (SCC) case Prev 60/2016 of 27<sup>th</sup> April 2017. A step forward is a clear position of the SCC that foreign currency clause is based on law, hence is unconditionally allowed in loan contracts. The first step back is that the SCC by rejecting findings of the lower-ranked courts that foreign exchange rate fluctuation is a common phenomenon of the foreign exchange market, failed to provide a standard for evaluation of that fluctuation. The second step back is inappropriate application of the legislative provision that the obligations of the contractual parties are always expressed on the currency selected for the foreign currency clause. The third step back is the application of consumer protection legislation in the case of the corporate debtor who borrowed capital for his main commercial activity. The fourth step back is the request for information of the origin, structure and terms of acquiring liabilities that is used for bank's assets by loan contacts. The request is not founded in law, the questions in the guidelines to the lower-ranked courts are not clear, some of them are trivial and some senseless. Furthermore, the SCC did not specify what are the legal consequences of the answers to these questions. The analysed decision further undermines legal certainty the financial intermediation sector.*

**Key words:** loan contract, foreign currency clause, *rebus sic stantibus*, Supreme Court of Cassation, legal certainty.